

VU Research Portal

Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken

Akkermans, A.J.

published in
Verkeersrecht
1999

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (1999). Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken. *Verkeersrecht*, 7/8, 193-197.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of door roken

Naar aanleiding van Schaier/De Schelde, Ktg. Middelburg 1 februari 1999, VR 1999, 117 (in deze aflevering van Verkeersrecht)

mr A.J. Akkermans*

In de in dit nummer van Verkeersrecht afgedrukte uitspraak van het Kanton-gerecht Middelburg in de procedure tussen de erfgenamen Schaier en de scheepswerf De Schelde wordt voor het eerst een proportionele aansprakelijkheid aangenomen van een werkgever voor het ontstaan van longkanker bij een werknemer die tijdens zijn dienstverband werd blootgesteld aan asbest. Dit vonnis is potentieel van verreikende betekenis. De daarin gehanteerde proportionele benadering verdient bijval. De wijze waarop het toepasselijke kanspercentage wordt gevonden laat echter belangrijke praktische en juridische vragen open.

1. Inleiding

Schaier werkte van 1955 tot 1988 voor de scheepswerf De Schelde als monteur van scheepsmotoren, en rookte vanaf zijn zeventiende jaar naar schatting 20 sigaretten per dag. Zijn longkanker kon zijn veroorzaakt door roken, door de blootstelling aan asbest tijdens zijn dienstverband bij De Schelde, en ook door een combinatie van beide. De Schelde heeft niet weersproken dat de blootstelling aan asbest een tekortkoming inhoudt in de nakoming van haar veiligheidsverplichtingen. De kantonrechter acht artikel 6:101 ('eigen schuld') toepasselijk en veroordeelt De Schelde om de schade van (de erfgenamen van) Schaier te vergoeden naar rato van de kans dat de longkanker veroorzaakt werd door de blootstelling aan asbest. Op basis van het deskundigenbericht wordt deze kans gesteld op 26%.

De proportionele aanpak die het kantonrecht hier tot de zijne maakt, wordt reeds enige tijd bepleit in de literatuur¹⁾ en sluit aan bij recente ontwikkelingen in de rechtspraak op het terrein van medische fouten²⁾ en de beroepsfouten van advocaten³⁾. Als eerste zwaluw op het terrein van asbest en longkanker zal het vonnis ongetwijfeld de nodige aandacht trekken⁴⁾. Het ziet ernaar uit dat het vakjargon van de letselschadejurist zal worden verrijkt met wetenswaardige begrippen als 'vezeljaar', 'rookanamnese' en 'relatief risico'. De benadering van het vonnis en het deskundigenbericht waarop het is gefundeerd, appelleert aan het rechtsgevoel en

biedt een formule op basis waarvan vermoedelijk een groter aantal gevallen van longkanker bij aan asbest blootgestelde (ex-)werknemers buitengerechtelijk kan worden afgewikkeld. Het is in dit verband niet zonder betekenis dat geen van beide partijen in hoger beroep is gegaan. De raadslieden aan beide zijden zijn bekende repeat-players in asbestzaken. Voor asbestslachtoffers biedt de proportionele formule een veelbelovende mogelijkheid om schadevergoeding te krijgen voor personen die lijden aan longkanker. Tot dusver kon hun schade slechts bij uitzondering worden afgewikkeld omdat van longkanker, anders dan van asbestose en mesotheliom, niet vaststaat, en ook niet kan worden vastgesteld, dat hij door asbest is ontstaan⁵⁾. Voor werkgevers en hun aansprakelijkheidsverzekeraars biedt de proportionele formule een substantiële beperking in de schadelast ten opzichte van het mogelijke alternatief van volledige aansprakelijkheid voor alle longkankergevallen waarbij significante asbestblootstelling kan worden aangetoond⁶⁾. Behoudens het geval dat de uitspraak op afzienbare termijn wordt overruled door contraire jurisprudentie⁷⁾, zou haar betekenis wel eens veel verder kunnen strekken dan normaal voor een eenzaam kantonrechtvonnis is weggelegd.

Dat neemt niet weg dat vervolgs-jurisprudentie over deze problematiek zeer gewenst is. Het vonnis roept verschillende vragen op, waarvan sommige ook voor de buitengerechtelijke praktijk niet zonder belang zijn. Zo laat het vonnis onbesproken hoe de voor de proportionele benadering gehanteerde grondslag van artikel 6:101 zich verhoudt tot de beperking

van het eigen schuld-verweer bij werkgevers-aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW (1638x oud) tot opzet en bewuste roekeloosheid, in verband waarmee volgens vaste jurisprudentie het 'alles of niets' heeft te gelden. Buiten beeld blijft hoe de proportionele benadering zich verhoudt tot het leerstuk van de omkering van de bewijslast inzake het causaal verband zoals dat geldt bij artikel 7:658 en onder meer aan de orde kwam in het bekende arrest Cij-souw/De Schelde⁸⁾. Het deskundigenbericht biedt, althans voor de leek op het terrein van de epidemiologie, geen uitsluitel over de verhouding van de kans van (gemiddeld) 26% dat de longkanker werd veroorzaakt door asbest, tot de kans dat de longkanker werd veroorzaakt door roken (bedraagt die laatste kans dan gemiddeld 74%?). En de wijze waarop het kanspercentage van 26% wordt gevonden roept de vraag op hoe de door de deskundigen

1. Zie N. Frenk, *NJB* 1995, p. 482 e.v.; A.J. Van en H.G.T. Nijs, *TMA* 1996, p. 45 e.v.; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. 1997), p. 411 e.v.

2. Hof Amsterdam 4 januari 1996, *VR* 1997, 164, *NJ* 1997, 213, *A&V* 1996, 67 m.nt A.J. Akkermans, *TvG* 1997, 58 m.nt M.J.J. de Ridder (Wever/De Kraker); Rb. Middelburg 11 maart 1998, *VR* 1998, 170, *NJ* 1999, 41, *TVP* 1998, 62 m.nt W.H. Bouman; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *VR* 1999, 43, *NJ* 1999, 406; *Geschillencommissie Ziekenhuizen* 24 maart 1998, *VR* 1999, 44. Zie over de laatste drie uitspraken Chr.H. van Dijk, *A&V* 1999, p. 37 e.v.

3. Hof Den Haag 10 april 1996, *A&V* 1995, 132 m.nt E.J.A.M. van den Akker; HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 m.nt PAS, *A&V* 1998, 24 m.nt A.J. Akkermans (Majling/mr H.). Zie voorts M.F.J. Haak, *AA* 1998, p. 138 e.v.

4. Zie voor de eerste commentaren C. Broekmeulen, *Arbeid Integraal* 1999, p. 87 e.v.; P. Maarsen, *Rechtspraak voor Medezeggenschap* 1999, p. 15-16; Chr.H. van Dijk, *TVP* 1999, p. 44 e.v.

5. Zie bijv. Rb. Den Haag 18 januari 1999, *VR* 1999, 113 (in dit nummer van Verkeersrecht), waar de rechtbank de facto een drempel hanteert van 25 vezeljaar (wat kan worden geacht naar te komen op een relatief risico van 1,25 en een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 20% - voor uitleg zie hierna nr 7), welke drempel in het betreffende geval naar het oordeel van de rechtbank niet wordt gehaald. Derhalve blijft (de weduwe van) het slachtoffer met lege handen staan.

6. Dit in verband met het leerstuk van de bewijslastomkering inzake het causaal verband bij aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW (zie hierna nr 6).

7. Het in noot 5 vermelde vonnis van de Rechtbank Den Haag kwalificeert naar mijn mening niet als zodanig, omdat de rechtbank de mogelijkheid van een proportionele oplossing kennelijk niet in haar oordeel heeft betrokken.

8. *VR* 1999, 114 (in dit nummer van Verkeersrecht).

* Advocaat te Amsterdam.

gehanteerde epidemiologische formule zich verhoudt tot het juridisch-normatieve leerstuk van de predispositie. In het navolgende wordt op deze vragen ingegaan.

2. Onzeker causaal verband en proportionele aansprakelijkheid

De deskundigen geven aan dat niet kan worden vastgesteld of de longkanker van Schaier werd veroorzaakt door asbest, door roken, of door een combinatie van beide. Juridisch betekent dit dat onzeker is of tussen de longkanker en de asbestblootstelling wel *conditio sine qua non*-verband bestaat. Of csqn-verband bestaat is een vraag waarop het antwoord moet worden gevonden door een soort wegdenkoefening: 'zou de schade, de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis weggedacht, ook zijn ontstaan?'). Vaak is dat antwoord zo evident dat de vraag niet eens wordt gesteld. Maar bij de relatie tussen de kanker van een rokende werknemer en de blootstelling aan asbest kan geen eensluidend antwoord worden gevonden. Die relatie laat zich hooguit uitdrukken in waarschijnlijkheden, die ook nog eens in hoge mate moeten worden geschat. Deze situatie - onzeker csqn-verband - bestaat niet alleen in geval van longkanker bij rokende werknemers van asbestverwerkende bedrijven, maar kan zich ook voordoen op allerlei andere gebieden van het aansprakelijkheidsrecht, zoals bij fouten van medici, advocaten en andere beroepsbeoefenaars, bij (bepaalde posten van) arbeidsvermogensschade, bij precontractuele verhoudingen en bij massaschade¹⁰⁾. Traditioneel wordt dit probleem benaderd als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden, waarop het antwoord moet worden gevonden aan de hand van de toepasselijke regels van het bewijsrecht over bewijslastverdeling en bewijswaardering¹¹⁾. Omdat de essentie van de bedoelde situaties is dat met de beste wil van de wereld niet is vast te stellen wat het eindresultaat zou zijn geweest als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, komt dit erop neer dat wie de bewijslast krijgt, onherroepelijk aan het kortste eind trekt. Of csqn-verband wordt aangenomen, en dan is de gedaagde volledig aansprakelijk, of niet aangenomen, en dan gaat de benadeelde met lege handen naar huis. Deze alles-of-niets-benadering pakt niet altijd even bevredigend uit. Het geval van Schaier laat dat zien. Het toekennen van een volledige schadevergoeding ('alles') zou geen recht doen aan de reële mogelijkheid dat zijn longkanker (mede) werd veroorzaakt door roken, het afwijzen van alle schadevergoeding ('niets') zou geen recht doen aan de reële mogelijkheid dat zijn longkanker (mede) werd veroorzaakt door asbest. Om deze reden zal veelal de tussenweg van een proportionele benadering de voorkeur verdienen, waarbij de schade moet worden vergoed naar rato van de kans dat deze door de aansprakelijke persoon werd veroorzaakt. In Nederland staat deze benadering verhoudingsgewijs nog

in haar kinderschoenen. Naast bijval heeft zij ook reeds kritiek geogst¹²⁾. In het onderhavige geval verdient de proportionele aanpak van het kantongerecht naar mijn mening bijval. Omdat de ware oorzaak nu eenmaal niet kan worden achterhaald, spreekt een proportionele oplossing meer aan dan een alles-of-niets-benadering die onvermijdelijk één van beide partijen tekort doet. Dat in de bepaling van het toepasselijke kanspercentage onvermijdelijk een (forse) onnauwkeurigheid sluipst, moet daarbij op de koop toe worden genomen. Ook de 'normale' schadedeling bij eigen schuld is verre van nauwkeurig en berust in belangrijke mate op intuïtieve gronden¹³⁾. Vasthouden aan het alles of niets is hoe dan ook nóg onnauwkeuriger.

3. Twee verschillende routes naar dezelfde proportionele oplossing

In het algemeen kan het probleem van onzeker causaal verband zowel worden gevat in termen van schade (is wel werkelijk schade geleden?) als in termen van causaliteit (heeft de fout de gestelde schade wel veroorzaakt?), al ligt de ene benadering soms meer voor de hand dan de andere. Ook de oplossing van proportionele aansprakelijkheid kan juridisch-dogmatisch gezien zowel via het schadebegrip als via de causaliteit worden bereikt¹⁴⁾. Men kan haar baseren op de doctrine van het verlies van een kans, waarbij geen vergoeding wordt toegekend voor de schade zoals die bij de benadeelde definitief is ingetreden, maar voor de door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verloren kans op het vermijden van die definitieve schade¹⁵⁾. Het is deze weg die wordt bewandeld in de rechtspraak over fouten van medici en advocaten¹⁶⁾. Maar men kan een proportionele oplossing ook vorm geven als de (analoge) toepassing van artikel 6:101¹⁷⁾. In de praktijk is de keuze tussen beide benaderingen mede afhankelijk van het feitencomplex, dat soms beter aansluit bij de ene benadering en soms bij de andere. In het onderhavige geval acht de kantonrechter zonder veel omhaal artikel 6:101 van toepassing. Dat lijkt hier inderdaad de meest aangewezen route, al bevat zij wel een aantal hobbels waarvan niet blijkt dat de kantonrechter zich daarvan rekenschap heeft gegeven.

4. Artikel 6:101 BW en de causale relatie tussen asbest, roken en longkanker

Een eerste complicatie is dat de causale relatie tussen asbest, roken en longkanker niet helemaal past in het stramien van artikel 6:101. Bij artikel 6:101 gaat het normaliter om de afweging van *vastgestelde* mede-oorzaken die beide *conditio sine qua non* voor de schade zijn¹⁸⁾ en waarvan één aan de benadeelde wordt toegerekend, niet om de afweging van verschillende *mogelijke* oorzaken. In dit opzicht moet de causale relatie

tussen asbest, roken en longkanker worden getypeerd als een mengvorm. De longkanker kan zijn ontstaan of door asbest of door roken (zoals bij alternatieve veroorzaking in de zin van artikel 6:99 BW) maar ook door de samenloop van beide oorzaken in die zin dat zij beide een *conditio sine qua non* voor de longkanker zijn (zoals in het normale stramien van artikel 6:101¹⁹⁾). Bij deze laatste mogelijkheid doet zich een synergetisch effect voor, wat wil zeggen dat het aantal gevallen van longkanker dat door de samenwerking van asbest en tabaksrook wordt veroorzaakt, (aanmerkelijk) hoger is dan de optelsom van beide factoren afzonderlijk²⁰⁾. Het is deze synergie waarop de deskundigen doelen waar zij in hun antwoord op vraag 5 spreken van "*een duidelijk combinatie-effect*". De kantonrechter neemt dit combinatie-effect als aanknopingspunt voor zijn overweging dat het "*redelijk (is) om asbestvezels en tabaksrook beide als oorzaak van de longkanker aan te merken*"²¹⁾ en koerst van daaruit rechtstreeks door naar artikel 6:101 als grondslag voor een schadeverdeling. Daarmee wordt de mogelijkheid dat de longkanker *zelfstandig* werd veroorzaakt, of door asbest of door roken, terzijde gelaten. Dat is in zoverre een probleem dat artikel 6:101 niet (rechtstreeks) op alternatieve oorzaken toepasselijk is. Zoals blijkt uit zijn tekst ziet het artikel op het geval "*wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend*" en daarvan is bij alternatieve oorzaken geen sprake. De schade is dan immers of het gevolg van asbest of van roken, maar niet 'mede' van deze mogelijke oorzaken. Ook bij het vaststellen van de verdelingsmaatstaf moet een hobbel worden genomen. In eerste instantie moet de schade immers worden verdeeld "*in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen*" en bij alternatieve oorzaken is geen sprake van het in een bepaalde 'mate' tot de schade 'bijdragen': van alternatieve oorzaken is het juist onbekend of zij überhaupt aan (het ontstaan van) de schade hebben bijgedragen. De rechtstreekse toepassing van artikel 6:101 op de causale relatie tussen asbest, roken en longkanker wringt dus een beetje. Een halszaak is dit zeker niet. Er is alle reden om artikel 6:101 bij alternatieve oorzaken *analoog* toe te passen²²⁾. Dat kan zeker ook bij de causale relatie tussen asbest, roken en longkanker. Dat de kantonrechter op dit punt strikt genomen wat te kort door de bocht gaat, doet niet aan de overtuigingskracht van de gehanteerde benadering af.

5. 'Eigen schuld' bij artikel 7:658 BW

Een andere hobbel in verband met de toepassing van artikel 6:101 is gelegen in de omstandigheid dat krachtens artikel 7:658 lid 2 (artikel 1638x lid 2 oud²³⁾) eigen schuld van de werknemer alleen in aanmerking komt wanneer de schade in belangrijke mate het

gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Deze bepaling strekt ertoe "de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt", aldus de Hoge Raad ²⁴). Ondanks eigen schuld van de werknemer moet de werkgever de schade dus volledig vergoeden, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. In dat laatste geval vervalt de vergoedingsplicht geheel ²⁵), met als achterliggende gedachte dat de werknemer dan zozeer tot de schade heeft bijgedragen dat de tekortkomingen van de werkgever daartegenover in het niet vallen ²⁶). Alles of niets dus. De kantonrechter maakt aan deze kwestie geen woord vuil. Dat kan zo worden begrepen dat de kantonrechter de beperking van het eigen schuld-verweer van artikel 7:658 lid 2 niet toepasselijk acht. Voor die opvatting valt veel te zeggen. De eigen schuld waartegen dit artikellid bescherming beoogt te bieden, hangt samen met de uitoefening van de werkzaamheden. Daarvan is bij roken geen sprake. In het kader van artikel 7:658, dat de sanctie van aansprakelijkheid stelt op het niet nakomen van veiligheidsverplichtingen door de werkgever, is een beperking van het beroep op eigen schuld logisch, en in zeker opzicht zelfs noodzakelijk. Een arbeidsongeval is relatief vaak in meer of mindere mate mede het gevolg van de eigen onvoorzichtigheid van de betrokken werknemer. Veel veiligheidsnormen zijn juist gegeven met het oog op de door dagelijkse routine verminderde voorzichtigheid van de werknemer waar de Hoge Raad het oog op heeft. Zonder de beperking van het beroep op eigen schuld van de werknemer zouden deze veiligheidsnormen al snel veel van hun effect verliezen. Met de ene hand - het leerstuk van de eigen schuld - zou immers de bescherming grotendeels worden weggenomen die met de andere hand - de veiligheidsnorm zelf - wordt gegeven ²⁷). Deze ratio van artikel 7:658 lid 2 is niet van toepassing op de omstandigheid die als eigen schuld aan Schaier wordt toegerekend. Roken kan best als eigen schuld aan het ontstaan van longkanker worden aangemerkt (een kwalificatie als bewuste roekeloosheid is wel heel onwelwillend) maar deze eigen schuld behoort niet tot de beschermingsfeer van artikel 7:658. Het gaat niet om onvoorzichtigheid "in de uitoefening van de werkzaamheden" waarop het artikel betrekking heeft, maar om een kwestie die in de privésfeer van de werknemer ligt. Nog onlangs heeft de Hoge Raad - zij het in een ander verband - beslist dat de aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 zich niet tot omstandigheden in de privésfeer van de werknemer uitstrekt ²⁸). Daarom valt alleszins te billijken dat de kantonrechter in de beperking van het eigen schuld-verweer in artikel 7:658 lid 2 geen obstakel heeft gezien, al had een korte toelichting op dit punt niet misstaan.

6. Omkering van de bewijslast inzake het causaal verband bij artikel 7:658 BW

Om dezelfde reden is juist dat de kantonrechter geen toepassing heeft gegeven aan het leerstuk van de omkering van de bewijslast inzake het csqn-verband zoals dat geldt bij werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 ²⁹). Volgens vaste rechtspraak kan causaal verband worden aangenomen wanneer door het tekortschieten van de werkgever in zijn veiligheidsverplichtingen de kans op het ontstaan van de schade aanmerkelijk is verhoogd, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat naleving van de geschonden norm de schade waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen ³⁰). Deze regel was ook van toepassing in het arrest Cijssouw/De Schelde ³¹). Cijssouw overleed aan mesotheliom, een ziekte die - anders dan longkanker - uitsluitend door asbest wordt veroorzaakt ³²). Niettemin speelde ook hier een causaliteitsprobleem, in verband met de vraag of Cijssouw het hem fataal geworden asbestkristal had ingeademd in de periode na 1960, waarin De Schelde maatregelen had moeten nemen tegen het gevaar van mesotheliom, of in de periode daarvoor, waarin het gevaar van mesotheliom nog onvoldoende bekend werd geacht ³³). De Hoge Raad oordeelde dat De Schelde zich er niet op mocht beroepen dat Cijssouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband was blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk had binnengekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen De Schelde van het ontbreken van veiligheidsmaatregelen tegen mesotheliom geen verwijt viel te maken. Hoewel deze benadering op gespannen voet staat met de schuld aansprakelijkheid waarvoor de wetgever bij artikel 7:658 bewust heeft gekozen, kan zij worden gebillijkt omdat de oorzaak van de schade van Cijssouw in elk geval is gelegen in de uitvoering van de

werkzaamheden ³⁴). Omkering van de bewijslast inzake het causaal verband brengt per definitie een mogelijke oorzaak voor risico van de werkgever waarvoor een relevante tekortkoming ontbreekt. De quasi-risicoaansprakelijkheid van de werkgever die daarvan het gevolg is, blijft echter beperkt tot de beschermingsfeer van artikel 7:658, dat wil zeggen tot schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. In de betreffende rechtspraak gaat het altijd om een mogelijke oorzaak die voortvloeit uit de werkzaamheden die in het kader van de dienstbetrekking werden verricht ³⁵). Bij Schaier ligt dat anders. Hier heeft een van de mogelijke oorzaken van de schade - het roken - niets met het werk te maken. Daarom dient deze mogelijke oorzaak niet zonder meer door bewijslastomkering voor risico van de werkgever te worden gebracht. Dat sluit ook aan bij de tekst van artikel 7:658 lid 2, die mee lijkt te brengen dat de bewijslast dat de schade in elk geval in de uitoefening van de werkzaamheden is ontstaan, bij de werknemer blijft liggen ³⁶). Dit preliminaire bewijs kan in het geval van Schaier niet worden geleverd. Daarom is het juist dat de kantonrechter de bewijslast omtrent het causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en de longkanker van Schaier niet heeft omgekeerd, maar voor een proportionele oplossing heeft gekozen. Eventueel kan de relatie tussen beide benaderingen aldus worden vormgegeven, dat de overtreding van de veiligheidsnorm door de werkgever wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn, tenzij voldoende aannemelijk is - bij voorkeur zoals hier op grond van een onpartijdig deskundigenbericht - dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die niet tot de risicosfeer van de werkgever behoort. Wanneer dit 'gedeeltelijk tegenbewijs' wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt

9. Zie *Schadevergoeding (Boonekamp)* art. 98 aant. 9 e.v.
10. Zie voor verwijzingen A.J. Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 65.

11. Zie A.J. Akkermans, diss. p. 432 e.v.

12. Zie de polemiek tussen D. Peepkorn, *Verkeersrecht* 1998, p. 321 e.v. en A.J. Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 65 e.v.

13. Zie HR 5 december 1997, VR 1998, 28, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAD*).

14. Zie voor een overzicht A.J. Akkermans, diss. p. 437 e.v.

15. Zie A.J. Akkermans, *Verkeersrecht* 1999, p. 65 e.v. als mede diss. p. 107 e.v.; M. de Ridder, AA 1995, p. 548 e.v.; H.O. Kerkmeester, NJB 1998, p. 435 e.v.

16. Zie de uitspraken in de noten 2 en 3. Voor een ander voorbeeld zie HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (*Heesch/Reijls*), waarover A.J. Akkermans, diss. p. 112 e.v.

17. Zie A.J. Akkermans, diss. p. 80 e.v.; A.R. Bloembergen, WPNR 6279 (1997), p. 507; J. Kortmann, *Groninger opmerkingen en mededelingen* nr 15 (1998), p. 55 e.v.

18. *Schadevergoeding (Boonekamp)* art. 101 aant. 4.

19. Zie over de causale relatie A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMA 1996, p. 45 e.v.

20. In de epidemiologische literatuur wordt het relatieve risico van roken soms wel op 10 gesteld, en dat van blootstelling aan asbest op 5. Het gecombineerde effect van beide factoren bedraagt dan echter geen factor 15, maar een factor 50. Zie A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMW 1996, p. 45 e.v.

21. R.o. 4.1.

22. Zie A.J. Akkermans, diss. p. 96 e.v., met instemming van A.R. Bloembergen, WPNR 6279 (1997); J. Kortmann, *Groninger opmerkingen en mededelingen* nr 15 (1998), p. 55 e.v.

23. Art. 1638x lid 2 oud sprak van "grove schuld" maar ook daar werd in de rechtspraak opzet of bewuste roekeloosheid onder verstaan.

24. HR 20 september 1996, VR 1997, 57, NJ 1997, 189 m.nt PAS (Pollemans/Hoondert). Het gaat hier om vaste rechtspraak.

25. Eveneens vaste rechtspraak, zie laatstelijk Pollemans/Hoondert.

26. Aldus HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en A-G Vranken in zijn conclusie bij Pollemans/Hoondert, nr 22.

27. Zie A.J. Akkermans, diss. p. 404.

28. HR 22 januari 1999, RvdW 1999, 17, VR 1999, 118 m.nt L. Bier (S./Reclassering).

29. Zie over de verhouding tussen proportionele aansprakelijkheid en deze omkering van de bewijslast A.J. Akkermans, diss. p. 393 e.v.

30. Aldus laatstelijk Pollemans/Hoondert, r.o. 3.2. Voor een overzicht van de bedoelde jurisprudentie, zie *Schadevergoeding (Boonekamp)* art. 98, aant. 13.3.

31. HR 25 juni 1993, VR 1993, 171, NJ 1993, 686 m.nt PAS.

32. Althans daarvan wordt uitgegaan.

33. Overigens doet deze voorstellingswijze van de samenhang tussen mesotheliom en de langdurige blootstelling aan asbest maar beperkt recht aan de werkelijkheid. Vgl. L. Bier, NTBR 1993, p. 209.

34. Dit tenzij dat de kans dat de schade door de tekortkoming in de veiligheidsverplichtingen werd veroorzaakt, te gering is. Zie J. Hijma, AA 1994, p. 113-114; J. Spier in: *Asbest en aansprakelijkheid* (1994), p. 38-39; A.J. Akkermans, diss. p. 413 e.v.

35. Zie A.J. Akkermans, diss. p. 410 e.v.

36. In dezelfde zin L. Bier, NTBR 1993, p. 211.

te nemen. Op deze wijze kan proportionele aansprakelijkheid nauwsluitend worden ingepast in het systeem dat in de rechtspraak op dit punt is ontwikkeld³⁷⁾.

7. De berekening van het kanspercentage van 26%

De wijze waarop de kantonrechter tot het kanspercentage van 26% komt is als volgt. Op basis van een reconstructie van het arbeidsverleden van Schaier schatten de deskundigen zijn totale blootstelling aan asbest bij De Schelde op 35 vezeljaren. Een vezeljaar is de blootstelling gedurende 1 jaar aan lucht die 1 asbestvezel per kubieke centimeter bevat. Aan epidemiologisch onderzoek ontleen de deskundigen het gegeven dat het relatieve risico op het krijgen van longkanker met ieder vezeljaar 1% toeneemt. Dit relatieve risico is de grootte waarmee in de epidemiologie de invloed van een factor op het ontstaan van een ziekte wordt uitgedrukt³⁸⁾. Het risico op de betreffende ziekte bij personen die niet aan de onderzochte factor werden blootgesteld, wordt gesteld op 1. Bij iemand die zoals Schaier aan 35 vezeljaren asbest werd blootgesteld, bedraagt het relatieve risico op het krijgen van longkanker dan 1,35. Om de kans te bepalen dat de longkanker waaraan zo iemand lijdt, door asbest werd veroorzaakt, moet een rekensom worden gemaakt. Van de 135 longkankerpatiënten met een blootstelling zoals Schaier, zouden er 35 gezond zijn gebleven als zij niet aan asbest waren blootgesteld. Van 100 longkankerpatiënten zouden er dus 26 gezond zijn gebleven ($100/135 \times 35 = 25,93$). In elk individueel geval is de veroorzakingswaarschijnlijkheid door asbest dus 26%. Verschillende stappen in deze berekening dragen een bepaalde onnauwkeurigheid in zich. Dat begint al meteen met het aantal vezeljaren waaraan Schaier werd blootgesteld. Dat aantal kan uiteraard niet meer empirisch worden vastgesteld. Daarom maken de deskundigen een schatting, die is gebaseerd op een zo gedetailleerd mogelijke reconstructie van het arbeidsverleden van Schaier en algemene literatuurgegevens over blootstellingsniveau's in de scheepsbouw³⁹⁾. De onnauwkeurigheid van deze schatting wordt door de deskundigen uitgedrukt door middel van een bandbreedte. De onzekerheid van de schatting van 35 vezeljaren betreft de bandbreedte tussen 15 en 56 vezeljaren. Voor de veroorzakingswaarschijnlijkheid van 26% komt dit neer op de bandbreedte tussen 13% en 36%⁴⁰⁾. De kantonrechter merkt in dit verband op dat het percentage van 26% een schijn van grote exactheid wekt, waarvan echter geen sprake kan zijn gelet op de grote bandbreedte in de schatting van de blootstelling van Schaier in vezeljaren. Een onnauwkeurigheid die de deskundigen niet nader hebben uitgewerkt zit in de aannahme dat het relatieve risico op het krijgen van longkanker met precies 1% per vezeljaar toeneemt. De deskundigen baseren deze aanna-

me op de risicoschatting in een aantal gezaghebbende Amerikaanse en Britse bronnen. Maar ook dit percentage suggereert een grotere exactheid dan gerechtvaardigd is. Ook bij een relatief risico hoort in principe een bepaalde bandbreedte die de betrouwbaarheid ervan aangeeft. In het door de deskundigen aangehaalde 'consensus rapport' (het verslag van een internationaal congres van deskundigen op het gebied van gezondheidsrisico's van asbest in Finland in januari 1997) wordt voor de toename van het relatieve risico van 1% per vezeljaar een bandbreedte genoemd van 0,5% tot 4%⁴¹⁾. De onzekerheid over de veroorzakingswaarschijnlijkheid van 26% lijkt dus in werkelijkheid nog groter dan wordt aangegeven door de bandbreedte tussen 13% en 36%⁴²⁾. Een halszaak is dit niet. Het percentage van 26% blijft de meest redelijke schatting (zie echter hierna nrs 8 en 9). Zoals gezegd moet bij een proportionele benadering de onvermijdelijke onnauwkeurigheid van het toepasselijke kanspercentage op de koop toe worden genomen, net als bij 'gewone' eigen schuld. Vasthouden aan het alles of niets is hoe dan ook nog onnauwkeuriger.

8. De kans dat de longkanker werd veroorzaakt door roken

Uit het deskundigenbericht wordt niet helemaal duidelijk hoe de kans van gemiddeld 26% dat de longkanker van Schaier werd veroorzaakt door asbest, zich verhoudt tot de kans dat zijn longkanker werd veroorzaakt door roken. Men zou geneigd zijn om te denken dat die kans dan gemiddeld 74% bedraagt. Ook de kantonrechter heeft met deze vraag geworsteld. In rechtsoverweging 4.3 constateert hij dat de mate waarin tabaksrook heeft bijgedragen aan de veroorzaking van longkanker, niet door de deskundigen in een kanspercentage is uitgedrukt. Maar omdat de deskundigen andere risicofactoren dan roken en asbest niet in aanmerking hebben genomen omdat daarvoor geen aanleiding was, en hen was gevraagd naar de mate waarin blootstelling aan asbest heeft bijgedragen, afgezet tegen de andere factoren, gaat de kantonrechter ervan uit dat met een percentage van 26% een verdeling tussen asbest en roken is gegeven. Ik vraag mij af of dat wel helemaal juist is. Enerzijds vermelden de deskundigen dat de toename van het relatieve risico op longkanker van 1% per vezeljaar onafhankelijk is van de hoeveelheid gerookte sigaretten⁴³⁾. Bij de schatting van de kans van 26% dat Schaier zijn longkanker kreeg door asbestblootstelling speelt zijn rookverleden dan ook geen rol meer. Maar anderzijds vermelden de deskundigen dat de kans op longkanker toeneemt zowel met het aantal gerookte sigaretten als met het aantal jaren dat gerookt werd⁴⁴⁾. Men zou toch zeggen dat de ene kans (longkanker ontstond door roken) van invloed moet zijn op de andere (longkanker ontstond door asbest). Hoe dit precies zit wordt niet duidelijk, maar ik vermoed dat de

kantonrechter zich deze kwestie te simpel heeft voorgesteld⁴⁵⁾. In toekomstige gevallen kan deze onduidelijkheid worden voorkomen door de vraagstelling aan de deskundigen zodanig te formuleren, dat hen wordt verzocht om de mate waarin asbest en tabaksrook aan de longkanker kunnen hebben bijgedragen voor beide factoren afzonderlijk in een kanspercentage uit te drukken.

9. Roken als persoonlijke predispositie van de werknemer

Een vraag die nauw met het voorgaande samenhangt is hoe de door de deskundigen gehanteerde epidemiologische formule voor het bepalen van het kanspercentage van 26% zich verhoudt tot het juridisch-normatieve leerstuk van de predispositie. Deze kwestie laat zich het beste bespreken aan de hand van een voorbeeld. Stel dat van 100 longkankerpatiënten met dezelfde asbestblootstelling en hetzelfde rookverleden als Schaier, 10 ziektegevallen zouden zijn te wijten aan andere oorzaken dan asbest en roken (het 'achtergrondrisico'), 20 ziektegevallen uitsluitend aan de blootstelling aan asbest, de volgende 20 ziektegevallen uitsluitend aan de blootstelling aan tabaksrook, en de resterende 50 ziektegevallen aan het combinatie-effect van asbest en roken⁴⁶⁾. Voor de tien ziektegevallen die zijn veroorzaakt door het achtergrondrisico zou de werkgever dan niet aansprakelijk behoren te zijn en voor de 20 ziektegevallen die uitsluitend door roken zijn veroorzaakt evenmin. Voor de 20 ziektegevallen die uitsluitend door asbest zijn veroorzaakt zou de werkgever volledig aansprakelijk behoren te zijn. Maar de aansprakelijkheid voor de 50 ziektegevallen die door de combinatie van asbest en roken zijn veroorzaakt kan op twee manieren worden benaderd. Men kan daarop een schadedeling toepassen naar rato van de mate dat asbest en roken aan het ontstaan van de longkanker hebben bijgedragen (in het voorbeeld ieder voor 50%) maar men kan ook menen dat de werkgever ook voor deze ziektegevallen volledig aansprakelijk behoort te zijn, op grond van de omstandigheid dat deze 50 personen, de blootstelling aan asbest weggedacht, niet ziek zouden zijn geworden. Naar mijn mening is deze tweede benadering de juiste⁴⁷⁾.

Het synergetisch effect van asbest en roken waardoor deze 50 ziektegevallen zijn ontstaan, houdt in dat rokers aanmerkelijk kwetsbaarder zijn voor de blootstelling aan asbest dan niet rokers. Deze verhoogde kwetsbaarheid moet naar mijn mening worden aangemerkt als een persoonlijke predispositie, die geen aanleiding kan zijn voor een vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever jegens hen. Let wel: de crux van de problematiek is dat de betreffende 50 werknemers in werkelijkheid niet kunnen worden geïdentificeerd zodat ook jegens hen toch een schadeverdeling moet worden toegepast, maar dan wegens de 10 ziektegeval-

len door het achtergrondrisico en de 20 ziektegevallen *uitsluitend* door roken. Het gaat hier slechts om een hypothetisch cijfervoorbeeld dat dient om de gedachten te bepalen. Dat werknemers roken is allesbehalve een buitengewoon verschijnsel, al helemaal niet in de periode waar het hier om gaat. De werkgever heeft zijn werknemers in strijd met zijn veiligheidsverplichtingen blootgesteld aan asbest. Dat rokende werknemers daaraan eerder overlijden dan niet rokende werknemers is een schadevergroten omstandigheid waarvan de aansprakelijke partij de gevolgen behoort te dragen, net als bij het aanrijden van een bromfietser met coronaire trombose⁴⁸) of van een amanuensis met een hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur⁴⁹). De tortfeasor takes his victim as he finds him. Naar mijn mening behoort de werkgever in het cijfervoorbeeld volledig aansprakelijk te zijn voor de 50 ziektegevallen die zijn ontstaan door de combinatie van asbest en roken.

Deze tweede, juridisch-normatief gecorrigeerde benadering leidt uiteraard tot een andere uitkomst dan de eerste, zuiver neutrale benadering van de verhouding tussen asbest en roken als mogelijke oorzaken van longkanker. In het cijfervoorbeeld is de werkgever volgens de neutrale benadering volledig aansprakelijk voor de 20 ziektegevallen die uitsluitend zijn te wijten aan asbest, en voor 50% voor de 50 ziektegevallen die te wijten zijn aan de combinatie van asbest en roken. Omdat niet kan worden bepaald wie van de 100 longkankerpatiënten door welke (combinatie van) oorzaken ziek is geworden, leidt dit tot de proportionele aansprakelijkheid van de werkgever van 45% jegens ieder van hen ($20 + 25 = 45$). In de gecorrigeerde benadering is de werkgever volledig aansprakelijk voor de 20 ziektegevallen die uitsluitend zijn te wijten aan asbest, en eveneens volledig aansprakelijk voor de 50 ziektegevallen die te wijten zijn aan de combinatie van asbest en roken. Dit leidt tot een proportionele aan-

sprakelijkheid jegens ieder van de 100 longkankerpatiënten van 70% ($20 + 50 = 70$). Geëxtrapoleerd naar het individuele geval van Schaier, zou hij in dit voorbeeld in de eerste benadering 45%, en in de tweede 70% van zijn schade vergoed krijgen.

Naar mijn mening behoort bij aan asbest blootgestelde rokende werknemers met longkanker de juridisch-normatief gecorrigeerde benadering te worden toegepast. Ik vermoed dat deze benadering ook in werkelijkheid bij Schaier tot een hoger percentage zou hebben geleid dan de 26% waarop de kantonrechter is uitgekomen. Maar zeker weten doe ik dat niet omdat mij zoals gezegd niet duidelijk is wat, in de door de deskundigen gehanteerde benadering, de invloed is van de kans dat de longkanker van Schaier werd veroorzaakt door roken, op de kans van 26% dat zijn longkanker werd veroorzaakt door asbest. Naar mijn mening moet in toekomstige gevallen de vraagstelling aan de deskundigen zodanig worden geformuleerd, dat de cijfermatige impact van de hiervoor beschreven juridisch-normatieve correctie zichtbaar wordt, zodat het al dan niet toepassen van het predispositieleerstuk op deze kwestie inzet kan worden van het debat tussen partijen, en de rechter daarover in alle openheid de knoop kan doorhakken. Ik stel mij voor dat die zichtbaarheid kan worden bereikt door de deskundigen te vragen om aan te geven bij hoeveel longkankerpatiënten van een populatie van 100 met dezelfde blootstelling aan asbest en tabaksrook als de benadeelde, de longkanker zou zijn te wijten aan andere oorzaken dan asbest en roken, bij hoeveel aan de blootstelling aan asbest en niet aan tabaksrook, bij hoeveel aan de blootstelling aan tabaksrook en niet aan asbest, en bij hoeveel aan het combinatie-effect van asbest en roken. Maar beter zou zijn wanneer een op dit gebied deskundig epidemioloog eens in het algemeen zijn licht over deze kwestie zou laten schijnen.

10. Besluit

De proportionele benadering van de kantonrechter in de procedure van de erven Schaier tegen De Schelde verdient bijval. De gehanteerde juridische grondslag van artikel 6:101 is solide, zij het iets te vanzelfsprekend voorgesteld omdat dit artikel deels slechts analoog kan worden toegepast. De gekozen benadering wordt niet expliciet ingepast in het systeem van artikel 7:658. Op dit punt is het vonnis eigenlijk te summier, maar problematisch is dat niet omdat de betreffende inpassing heel goed mogelijk is. De wijze waarop het kanspercentage van 26% wordt gevonden laat echter belangrijke praktische en juridische vragen open. De verhouding tot de kans dat Schaiers longkanker werd veroorzaakt door roken blijft onduidelijk, evenals de verhouding tot het leerstuk van de predispositie. Het vonnis en het uitgebrachte deskundigenbericht zullen zeker niet de laatste zijn met betrekking tot rokende en aan asbest blootgestelde (ex-)werknemers die aan longkanker lijden. De toekomst zal leren of de proportionele benadering op dit terrein vaste grond onder de voeten krijgt, en zo ja, hoe de hier gesignaleerde vragen moeten worden beantwoord.

37. Eenzelfde benadering is voorgesteld door N. Frenk, *NJB* 1995, p. 489.

38. Zie A.J. Akkermans, *diss.* p. 286.

39. Dit blijkt uit bijlage 3 bij het deskundigenbericht dat korthedshalve niet is afgedrukt.

40. $100/115 \times 15 = 13,0$ resp. $100/156 \times 56 = 35,9$.

41. Dit blijkt uit het antwoord van de deskundigen op vraag f.

42. Cumulatief lijkt de totale bandbreedte tussen 7% en 69% te liggen ($100/107,5 \times 7,5 = 7$ resp. $100/324 \times 224 = 69,1$). Als epidemiologische leek kan ik niet beoordelen of dit een juiste voorstelling van zaken is.

43. Antwoord op vraag f.

44. Antwoord op vraag e.

45. Zie in dit verband de analyse van A.J. Van en H.G.T. Nijs, *TMA* 1996, p. 45 e.v.

46. Dit voorbeeld is te simpel (zo speelt het achtergrondrisico bij alle ziektegevallen mee) en de cijfers zijn arbitrair. Het dient slechts als hulpmiddel om de gedachten te bepalen.

47. Tot hetzelfde resultaat komen A.J. Van en H.G.T. Nijs, *TMA* 1996, p. 47-48.

48. HR 21 maart 1975, VR 1975, 85 m.nt Brunner, NJ 1975, 372 m.nt GJS (aangereden hartpatiënt).

49. HR 4 november 1988, VR 1989, 97, NJ 1989, 751 (ABP/Stuyvenberg).

Het (on)verzekerbare letselschadeslachtoffer

mr J. Sap *

1. Inleiding

Bij de begroting van een letselschade springen vrijwel steeds dezelfde posten in het oog: verlies aan arbeidsvermogen; huishoudelijke hulp; zelfwerkzaamheid; smartengeld. Naast de kosten die een gelaedeerde voor zijn genezing heeft gemaakt, lijkt hiermee de schade redelijk in kaart te zijn gebracht. Toch is dat in veel gevallen te betwifelen. Wat namelijk begroot wordt is de op het moment van de regeling direct zichtbare schade. Het feit dat een slachtoffer na afwikkeling van de schade blijft functioneren bin-

nen de maatschappij en dus ook in het economisch verkeer, heeft betekenis voor een schadepost die zelden of nooit aan de orde komt, maar er veelal wel is.

Het gaat hier om de schade die een slachtoffer lijdt doordat zijn letsel voor hem een belemmering vormt om op een normale wijze bepaalde verzekeringen af te sluiten. Niet omdat hij al eens een uitkering heeft gehad, maar omdat hij moeilijker verzekerbaar is. Zijn letsel is voor een verzekeringsmaatschappij een extra risico, waarmee zij rekening zal houden. Een enkele keer wordt dit probleem tijdens een schaderegelingsproces zichtbaar, bijvoorbeeld als een gelaedeerde een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering aan-

vraagt, of als hij bij het overschrijden van de loongrens voor de Ziekenfondswet een particuliere ziektekostenverzekering moet afsluiten. De kandidaat-verzekerde krijgt dan soms te horen dat hij slechts onder verzwaarde voorwaarden wordt geaccepteerd of dat er uitsluitingen zijn die te maken hebben met zijn recente medische verleden. Tot welke gevolgen dat kan leiden wordt hierna uiteen gezet.

2. De informatieplicht van de aanvrager

De wettelijke omschrijving van een verzeke-

* Advocaat te Amersfoort.